Inconstitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos en Ecuador

Gustavo Andrés Villacreses Brito
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: gavillacreses@estud.usfq.edu.ec

María Paula Marroquín Ruiz
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mpmarroquin@estud.usfq.edu.ec

Génesis Ariana Bermeo
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: gbermeo@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 11/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1387

Citación

Marroquín Ruiz, M. P., G. A. Villacreses Brito, y G. A. Bermeo Gallegos. «Inconstitucionalidad De La Inapelabilidad De Los Laudos En Ecuador». USFQ Law Review, Vol. 6, n.º 1, agosto de 2019, p. 26, doi:10.18272/lr.v6i1.1387.

Resumen

El Estado tiene diversas potestades, entre ellas, la facultad de administrar justicia. Un eje transversal en este ejercicio es el debido proceso, que contiene el derecho a la defensa. Este, a su vez, tiene como una de sus garantías fundamentales el derecho a recurrir la decisión resultante. Sin embargo, no solo el Estado ha buscado ejercer estas facultades, sino que paralelamente los particulares se han organizado para la institucionalización privada de la justicia. El resultado es la existencia de métodos alternativos de solución de conflictos siendo uno de ellos el arbitraje. Este ha sido regulado en la legislación ecuatoriana específicamente por la Ley de Arbitraje y Mediación. No obstante, esta norma ha restringido el derecho a recurrir los laudos. Dicha prohibición ha sido respaldada por la Corte Constitucional a través de tres argumentos principales que los ha expuesto en la absolución de consultas constitucionales. En este trabajo se analiza la validez y coherencia de estos fundamentos empleados para defender la constitucionalidad de esta limitación. El primer argumento, afirma que la prohibición es legítima por ser legal, pero descuida la supremacía constitucional. El segundo, defiende la presunta carencia de potestad jurisdiccional en el arbitraje, pero no considera que el ordenamiento ha envestido al arbitraje con una naturaleza jurisdiccional y con carácter de servicio público. Finalmente, el tercero, asume una renuncia al derecho al doble conforme que las partes realizan en el negocio arbitral, olvidando que los derechos constitucionales son irrenunciables. Como resultado, se encuentra en tela de duda la constitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos en Ecuador. Por último, se recomienda como alternativa la creación de un sistema de doble instancia arbitral y así preservar su naturaleza privada, pero sin desconocer su carácter jurisdiccional.

Palabras clave

arbitraje; Ecuador; laudo, inconstitucionalidad; apelabilidad; inapelabilidad; Ley de Arbitraje y Mediación; derecho a recurrir; derecho a apelar; derecho al doble conforme

Unconstitutionality of non- appealability of awards in Ecuador

Abstract

The State has various powers, including the power to administer justice. A transversal axis in this exercise is the right to due process, which contains the right to defense. The latter includes the fundamental guarantee of right to appeal the decision. However, not only the State has sought to exercise these faculties, but at the same time individuals have organized themselves for the private institutionalization of justice. The result is the existence of alternative dispute resolution. One of these methods is arbitration. It has been specifically regulated in the Ecuadorian legislation by the Statute of Arbitration and Mediation. However, this statute has restricted the right to appeal the awards. This prohibition has been supported by the Constitutional Court through three main arguments that have been exposed in the acquittal of constitutional consultations.

This paper will analyze the validity and coherence of these arguments used to defend the constitutionality of this limitation. The first argument states that the prohibition is legitimate because is done through a statute, but it neglects constitutional supremacy. The second, defends an alleged lack of jurisdictional authority in arbitration, but it does not consider that Ecuadorian law has recognized the jurisdictional and public service nature of arbitration. Finally, the third argument states that, through the arbitration agreement, parties assume a waiver of the right to appeal the award, but it forgets that constitutional rights are inalienable. As a result, the constitutionality of the non-appealability of the awards in Ecuador is in doubt. Finally, it is recommended as an alternative, the creation of a system of appeal courts inside arbitration, to preserve its private nature but without ignoring its jurisdictional nature.

Keywords

arbitration; Ecuador; award; unconstitutionality; appealability; non-appealability; Law of Arbitration and Mediation; right of appeal; right to appeal

1. Introducción

La sociedad humana se organiza a través del contrato social que ha resultado en la existencia de los actuales Estados[1]. A estos se les ha encomendado el respeto, protección y garantía de una amplia gama de derechos que cada pueblo ha considerado como indispensables para su existencia y desarrollo[2]. En este contexto, se consagra una garantía y un derecho en sí mismo: la justicia. Tradicionalmente, dicho derecho ha implicado la obligación del Estado de administrar justicia y hacer cumplir lo resultante de este proceso[3]. Poco a poco se ha instituido en una potestad propia de los Estados, cuya piedra angular es el principio fundamental del debido proceso[4], el cual incluye un conjunto de derechos y garantías, como el derecho a la defensa[5]. Una forma de materialización de esta garantía es la posibilidad de recurrir las decisiones resultantes del ejercicio de la justicia[6].

Sin embargo, históricamente, la administración de justicia no ha estado afincada únicamente en el Estado. Desde tiempos tan antiguos como el Código de Hammurabi (2100 a.C.)[7] y hasta la actualidad, la resolución de conflictos también ha estado encomendada a líderes sociales, personajes reconocidos y a terceros imparciales en general[8]. El objetivo siempre ha sido alcanzar la resolución del conflicto y poco a poco, por diversas razones[9], la motivación se ha vuelto el evitar la intervención del Estado en el proceso[10]. Así, los privados, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han desarrollado métodos alternativos de solución de controversias (en adelante MASC), como un medio de administración de justicia paralela a la estatal. Dentro de este fenómeno nace el arbitraje como una alternativa heterocompositiva[11] con reglas más flexibles, períodos procesales determinados por las partes, principalmente confidencial, y con control sobre la selección del tercero imparcial[12]. Sin embargo, a pesar de tener un origen convencional, el proceso arbitral, por la naturaleza de su objeto, no puede ser distante de las garantías y derechos contemplados en la Constitución, por ser la cima del ordenamiento jurídico.

1 Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social, ó, Principios del derecho político*. Ciudad: José Ferrer de Orga, 1812.
2 Romero, Ricardo Montoro. *La reforma del Estado de Bienestar: derechos, deberes e igualdad de oportunidades*. Ciudad: Reis, 1997, pp. 9-41.
3 Abellán, Marina Gascón. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción". *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 41 (1994): pp. 63-87.
4 Hoyos, Arturo. *El debido proceso*. Ciudad: Temis, 2004.
5 Pérez, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Ciudad: Diss. Universitat Pompeu Fabra, 1997.
6 García Leal, Laura. "El debido proceso y la tutela judicial efectiva". *Frónesis*. Volumen 10, No. 3 (2003): pp. 105-116.
7 Sampedro, A. y Barbón J. J. "Los ojos en el Código de Hammurabi". *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*. Volumen 84, No. 4 (2009): pp. 221-222.
8 Johnston, Douglas M. *The Historical Foundations of World Order: The Tower and The Arena*. Países Bajos: Martinus Nijohff Publications, 2008, p. 195.
9 Sobre el desarrollo y causas del apogeo del arbitraje, *vid*. Certilman, Steven. "A Brief History of Arbitration in the United States". *New York Dispute Resolution Lawyer*, Volumen 3, No. 1 (2010); y, Roebuck, Derek. "Sources for the History of Arbitration: A Bibliographical Introduction". Arbitration International. Volumen 14, No. 3 (1998).
10 Atkinson, Daniel. *Arbitration or Adjudication*, 31 de agosto de 2001. http://www.rlawyers.eu/weblog/arbitration-or-adjudication/ (acceso: 28/11/2018).
11 Orojo, Olakunle .J y Ajomo, Ayodele M. *Law and Practice of Arbitration and Conciliation in Nigeria.* Lagos: Mbeyi y Associates (Nig.) Ltd., 1999, s. p.
12 Bello, Adesina. "Why arbitration triumphs litigation: pros of arbitration". *Singaporean Journal of Business Economics, and Management Studies*, Volumen 3, No. 2 (2014), p. 35.

Al ser el arbitraje un proceso en el cual se ejerce justicia y cuyo objeto es la determinación de derechos y obligaciones[13], debe regirse, entre otros, al derecho al debido proceso. Con él también debe supeditarse a la garantía constitucional de la posibilidad recurrir la decisión resultante del arbitraje. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en especial la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), ha restringido el ejercicio de este derecho en el arbitraje. La restricción legal ha tenido que enfrentar cuestionamientos judiciales, sin embargo, ha contado con la venia y el respaldo de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional). Dicho órgano encargado de protección de la supremacía constitucional no solo ha ratificado la prohibición impuesta por la LAM, sino que ha desarrollado una serie de argumentos para sustentar la supuesta constitucionalidad de esta limitación al derecho fundamental de apelación.

Entonces, surge la duda: ¿es en realidad constitucional la inapelabilidad de los laudos en Ecuador? Para poder responder esta incógnita se procederá con el siguiente análisis jurídico: (i) se identificará la importancia del derecho a recurrir una decisión jurisdiccional y la opinión de la Corte Constitucional, en el marco de la supremacía constitucional, respecto a su restricción en el arbitraje ecuatoriano; posteriormente se evaluarán los tres argumentos que ha desarrollado la Corte Constitucional para defender la constitucionalidad de esta restricción, como es (ii) la validez de su restricción legal; (iii) la presunta carencia de potestad jurisdiccional en el arbitraje; y, (iv) la tolerancia a la renuncia convencional del derecho constitucional a recurrir una decisión. Este análisis parte con duda respecto a la coherencia de los argumentos empleados por la Corte Constitucional y su suficiencia para admitir la limitación al derecho constitucional al doble conforme en arbitraje.

2. El derecho constitucional a recurrir el fallo y su situación en el arbitraje ecuatoriano

Uno de los objetivos de los Estados modernos es la consecución de la justicia. Esta solo puede ser alcanzada a través de la observancia de determinados principios durante el ejercicio de los derechos de las personas. Estos principios se materializan en el uso legítimo de la fuerza que ejerce el Estado al dirimir controversias. El eje transversal que prima esta jurisdicción es el derecho al debido proceso. Dentro de este se enmarca el derecho a la defensa que tiene como una de sus garantías esenciales la posibilidad de recurrir las decisiones originadas de procedimientos en los cuales se determinen derechos y obligaciones. Uno de los métodos para dirimir este tipo de controversias es el arbitraje. Este MASC se encuentra regulado de manera específica por la LAM. No obstante, dicho cuerpo normativo ha coartado la posibilidad de apelar. La Corte Constitucional, como órgano protector de la supremacía constitucional, ha sido la encargada de enfrentar esta contraposición de un derecho constitucional frente a una regulación legal.

13 Lera, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Ciudad: Diss. Universidad de Zaragoza, 1997.

2.1. Derecho constitucional a recurrir el fallo

Dentro de la materia procesal, se han regulado principios generales y determinantes para que el ejercicio de la justicia, "en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden"[14], sea tanto efectivo como equitativo. Estos preceptos se han recogido doctrinaria, jurisprudencial y legalmente, en un derecho esencial para aquellos que acudan a la resolución de conflictos, conocido como el derecho al debido proceso. Acorde con las definiciones de la doctrina mayoritaria, se ha llegado a definir al debido proceso como:

> un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho[15].

En la Constitución ecuatoriana, el derecho al debido proceso se encuentra contemplado en su artículo setenta y seis, el cual contiene una serie de garantías básicas que cumplir en todo proceso, siendo una de ellas el derecho a la defensa. Parte fundamental de este derecho es la garantía de recurrir el fallo. En la misma Carta Magna se lo reconoce como: "7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"[16]. Además, es esencial recalcar que este derecho es también parte de múltiples tratados, convenios y opiniones internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Un ejemplo es su reconocimiento en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante CADH), en su artículo ocho, numeral segundo, literal h), que establece que:

> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Así también, se encuentra recogido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), en su artículo nueve, numeral cuarto que establece:

> 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

14 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
15 Agudelo Martínez, Martín. *El debido proceso*, volumen IV. Perú: Opinión Jurídica, p. 89.
16 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.

En efecto, en estos instrumentos internacionales se habla de recurrir el fallo en casos de materia penal. Pese a esto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), no limitó este recurso a dicha materia, sino que amplió su rango de aplicación a "todos los procedimientos en donde se encuentre en controversia un derecho o un interés legítimo"[17]. Por lo tanto, la aplicación de este derecho a recurrir el fallo es aplicable tanto constitucionalmente como en observancia a instrumentos internacionales, a todos los procedimientos en donde se discutan derechos.

Ahora, es necesario responder la interrogante de qué significa aquello de recurrir el fallo. De este modo, puede entenderse a la apelabilidad, en palabras de la Corte Constitucional, como aquella acción de:

> acudir otra vez ante un administrador de justicia distinto del anterior, con el propósito de que la decisión judicial primigenia, que ha sido contraria a los intereses del vencido, pueda ser revisada en función de argumentos y requisitos especificados por la ley para cada recurso[18].

La doctrina ha sido unánime en establecer que esta garantía procede cuando aquel que se considera agraviado por una decisión jurisdiccional, solicita en el mismo proceso que un órgano superior en grado al que la dictó o, en su caso a este mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule[19]. El derecho a recurrir el fallo se lo denomina en la práctica como el conocido doble conforme o recurso de apelación[20]. La razón de ser de este recurso, relatada por el doctrinario Couture, es fundamental para este análisis: "La apelación es una forma de clamor y rebeldía; es el grito de los que creyéndose agraviados, acuden a un mayor juez […]. La historia de la apelación se halla así ligada a la historia de la libertad"[21].

2.2. Inapelabilidad de los laudos prescrita en la LAM

Es previsible encontrar a la apelabilidad como una constante transversal en el resguardo del derecho al debido proceso. Por ello, se esperaría su adopción en todo procedimiento de conocimiento y determinación de derechos. A pesar del reconocimiento del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no ha ocurrido lo mismo respecto a la institución de la apelabilidad en este tipo de procesos. En este sentido, la legislación ha optado por la imposibilidad de apelar el laudo, cuya tipificación se encuentra en la LAM. A continuación, se realizará una breve revisión a esta situación jurídica.

17 Cevallos Izquierdo, Diego. *La doble instancia como garantía constitucional del contribuyente*. Tesis de Maestría. Universidad Simón Bolívar, 2015, p. 92.

18 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0499-11-EP*. Sentencia No. 0045-13-SEP-CC, del 31 de julio de 2013.

19 Cfr. Kamada, Luis. *La frontera entre el derecho de defensa y la garantía al debido proceso,* 2003. https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/images/Doctrina_Local/DERECHO_A_RECURRIR_-_Luis_E_Kamada.pdf (acceso: 09/05/2018).

20 Moreno Catena, Víctor. "El recurso de apelación y la doble instancia penal". *Poder Judicial del Estado de Sinaloa Supremo Tribunal de Justicia*. Volumen 00, No. 00, p. 13.

21 Couture, Eduardo. "Prólogo a la obra póstuma de Agustín A. Costa". ¿En? *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil.* Buenos Aires: Editorial, 1950, p. 3.

En principio, el arbitraje es reconocido como un MASC y se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico nacional. Se puede identificar tres cuerpos normativos que lo reconocen y regulan: (i) Constitución; (ii) Código Orgánico de la Función Judicial; y, (iii) LAM. Se procederá con un recuento de cada uno de ellos.

La Constitución, en su artículo ciento noventa establece que: "Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"[22]. De la lectura de este artículo, se concluye que se reconoce su existencia y se establecen pautas abstractas para su funcionamiento. En cuanto a su reconocimiento legal, se puede identificar cierta regulación del arbitraje en el COFJ. El artículo siete de este cuerpo normativo observa llamativamente que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[23]. Además, con el artículo diecisiete extiende la regulación al referir que: "[e]l arbitraje [constituye] una forma de servicio público"[24].

Por último, la LAM se encarga de su regulación específica. En su artículo primero prescribe que:

> El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias[25].

El proceso arbitral, al consistir en un procedimiento cuyo objeto es dirimir controversias a través de la determinación de derechos y obligaciones, en principio debería estar cobijado por el derecho al debido proceso, y con él incluir la garantía del doble conforme. En este sentido, la LAM ha destinado una de sus disposiciones a esta figura. Es así como en su artículo treinta prescribe:

> **Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables**, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutoríe, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.
> Los laudos arbitrales **no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley** (énfasis añadido)[26].

22 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 190.
23 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial No. 544 Suplemento de 9 de marzo de 2009.
24 *Eiusdem*, artículo 17.
25 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Artículo 30. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
26 *Eiusdem*. Artículo 30.

En la norma se reconoce la posibilidad de plantear diversos recursos. Doctrinariamente, se ha desarrollado el concepto del recurso como aquella

> petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento *(in judicando* o *in procedendo)* que en ella se haya cometido[27].

No obstante, la posibilidad de plantear recursos en materia arbitral es bastante limitada a la luz de la legislación ecuatoriana específica. Ello debido a que únicamente existe la alternativa de plantear recursos horizontales, tales como la aclaración o ampliación; además de la acción de nulidad contemplada en el artículo treinta y uno de este cuerpo normativo. De esto se desprende que, en materia arbitral no es posible el pronunciamiento de una instancia superior respecto a situaciones de hecho o derechos referentes al objeto de la controversia.

Finalmente, atendiendo a la primera disposición del artículo expuesto, queda expresamente desechado el derecho a apelar laudos. En tal virtud, esto sirve de fundamento para cuestionarse si, siendo parte de una garantía procesal tan fundamental como lo es el derecho al debido proceso, cabe la restricción a su apelabilidad. Esto abre un abanico de dudas respecto a la validez de los argumentos que podrían intentar utilizarse para defender esta postura.

2.3. La Corte Constitucional ante la inapelabilidad de los laudos

La Corte Constitucional ha tenido diversas oportunidades para argumentar sobre la limitación legal del derecho constitucional a apelar laudos. Mediante consultas de constitucionalidad, ha concluido que no existe violación de derechos fundamentales en dicha imposibilidad. Por ello, se analizarán a continuación tres aspectos relativos a la forma en la cual la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este asunto. El primero, la supremacía constitucional, que manda la prevalencia de la Constitución en caso de conflictos normativos o dudas. El segundo, el control concreto de constitucionalidad, que es el mecanismo a través del cual la Corte Constitucional puede resolver dichas controversias. Y, finalmente, se expondrá la posición que ha tomado la Corte Constitucional, a través de este mecanismo, respecto a la inapelabilidad de laudos.

2.3.1. Supremacía constitucional

Históricamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados se han ido desarrollando enmarcados en un pilar fundamental: el principio de supremacía consti-

27 Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1997, p. 505. Citado en Sempértegui Vallejo, Leonardo. "Necesidad de la implementación de la segunda instancia o apelación en arbitraje". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. No. 6 (2014), p. 150.

tucional. Este precepto reitera la existencia de los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones como claro y firme límite al poder, pero, sobre todo, como los orígenes del mismo. De este modo, dicho núcleo jurídico, dotado de fuerza vinculante *erga omnes*, sirve de dirección a las actuaciones del poder público[28]. La Constitución ecuatoriana se prevé a sí misma como "la norma suprema [que] prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico"[29].

En adición a las disposiciones de la Constitución, se contempla la existencia de un bloque de constitucionalidad. Este concepto se refiere a "aquellos principios y normas que han sido normativamente [sic] integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional"[30]. En coherencia, la Carta ecuatoriana expresa que "[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"[31]. Por consiguiente, se otorga rango constitucional a los tratados e instrumentos internacionales, como la CADH y el PIDCP.

En respuesta a la supremacía de la Constitución, y con ella de su bloque de constitucionalidad, está previsto que:

> Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.
> **Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución**, aunque las partes no las invoquen expresamente.
> Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (énfasis añadido)[32].

Como consecuencia de la supremacía constitucional y de la directa aplicación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, "[l]as normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica"[33]. Por lo tanto, no es admisible la aplicación del ordenamiento jurídico de tal manera que contravenga las disposiciones prescritas en dicho instrumento supremo. Incluso, para el ejercicio de los derechos

28 *Cfr*. Gómez, Carlos. *La dogmática jurídica como ciencia del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 27.
29 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 424.
30 Sentencia C-582 de 1999. MP. Alejandro Martínez. Citada en Molinares, Viridiana. *Notas sobre constitución, organización del Estado y Derechos Humanos.* Barranquilla: Universidad del Norte, 2014, p. 57.
31 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículos 3; 11.3; 426.
32 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 426. Prescripción reiterada en el COFJ. *Eiusdem*. Artículo 5.
33 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 424.

se toma como principio que "[t]odos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"[34]. Eso se ve proyectado en la disposición respecto a que "[n]inguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales"[35]. En el caso de que ocurra la contingencia anteriormente expresada, la Carta Magna dispone que "[e]n caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior"[36].

2.3.2. Control concreto de constitucionalidad

Para preservar la supremacía de la Constitución se cuenta con la implementación del control de constitucionalidad[37], un sistema conformado por una serie de instituciones, procedimientos, y acciones[38]. En la actualidad, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 428[39], veda a los jueces de "inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa"[40] y se sienta el precedente de la imposibilidad "de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional"[41]. A este mecanismo en vigencia, se lo denomina control de constitucionalidad concentrado debido a que la revisión constitucional se concentra en un órgano superior[42]. En el caso ecuatoriano, este órgano es la Corte Constitucional. En palabras de dicha Corte, este mecanismo "tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales […] para la realización de la justicia"[43]. Una de las formas a través de las cuales se materializa este mecanismo es la absolución de consultas constitucionales.

2.3.3. Respaldo de la Corte Constitucional a la inapelabilidad de los laudos

La Corte Constitucional, amparada en lo prescrito por la normativa nacional vigente[44], ha dictado un sinnúmero de sentencias de naturaleza de consulta cons-

34 *Eiusdem*. Artículo 11.
35 *Eiusdem*. Artículo 11 numeral 4.
36 *Eiusdem*. Artículo 425.
37 Sobre un análisis detallado del control de constitucionalidad ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008, vid. Intriago, Ana Teresa. *El control de constitucionalidad en Ecuador*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2015.
38 Vivanco, Ángela. "Capítulo VIII: Tribunal Constitucional". *Curso de Derecho Constitucional: Tomo III*. Santiago: Ediciones UC, 2014, s.p.
39 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 428.
40 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0213-10-EP*. Sentencia No. 055-10-SEP-CC.
41 *Ibíd*.
42 Quinche, Manuel. *La acción de inconstitucionalidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2015, s.p.
43 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso N° 0535-12-CN*. Sentencia N° 001-13-SCN-CC.
44 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 248.; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículos 141, 142 y 143. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.; COFJ. Artículo 4, segundo inciso.; Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Artículo 3, numeral 6, y artículo 92. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015.

titucional en relación con la apelabilidad de los laudos. Para el presente análisis, cuatro de ellas son de especial interés debido a que recogen la mayoría de los argumentos de fondo que la Corte Constitucional ha desarrollado al respecto. Estas sentencias son: Sentencia No. 169-12-SEP-CC[45]; Sentencia No. 008-13-SCN-CC[46]; Sentencia No. 081-13-SEP-CC[47]; y Sentencia No. 007-16-SCN-CC[48]. Estas decisiones sirven como una fuente indispensable para analizar tres argumentos, presentes de manera transversal en las cuatro sentencias, que ha construido la Corte para defender la presunta constitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos. Dichos argumentos son: (i) la legitimidad de la restricción del derecho por estar contenida en la LAM; (ii) la falta de jurisdicción de los árbitros; y, (iii) la posibilidad de renuncia de un derecho constitucional por la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral.

Como conclusión, respecto al derecho constitucional a recurrir el fallo y su situación en el arbitraje ecuatoriano, se puede resumir que el ejercicio de la jurisdicción implica transversalmente al derecho al debido proceso y con este a la garantía esencial de apelar. Siendo el arbitraje un MASC, se esperaría la primacía de la apelabilidad en resguardo de los derechos constitucionales. Sin embargo, a los ojos de la Corte Constitucional, no solo que la LAM ha obrado en Derecho al restringir esta posibilidad, sino que además ha encontrado otros argumentos para socapar dicha vulneración. Sin embargo, dichos argumentos no parecen ser suficientemente coherentes con el ordenamiento jurídico nacional, razón por la cual sirve de materia sustancial para el siguiente análisis.

3. Restricción legal al derecho a recurrir el laudo

El artículo treinta de la LAM establece como restricción legal la inapelabilidad del laudo. La Corte Constitucional se ha pronunciado para determinar si el artículo en mención contraviene la supremacía constitucional. Del análisis del problema jurídico, la Corte Constitucional ha concluido que el artículo cuestionado es constitucional. Según los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la inapelabilidad del laudo es legítima porque la ley lo prescribe. Sin embargo, este órgano ha olvidado que el texto constitucional contempla expresamente el derecho a recurrir un fallo o resolución. En este sentido, la restricción legal es cuestionable porque deja sin contenido al derecho a recurrir el laudo. La renuncia implica que no exista el derecho constitucional de doble instancia. Como se dijo anteriormente, para la Corte Constitucional, la LAM es la principal reguladora del proceso arbitral. Empero, es menester recalcar que, en Ecuador, la Constitu-

45 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Caso No. 1568-1 0-EP*. Sentencia No. 169-12-SEP-CC de 26 de abril de 2012.

46 Corte Constitucional del Ecuador. *Casos No. 0033-09-CN, 0012-10-CN, 0026-10-CN, 0029-10-CN, 0033-11- CN, 0040-11-CN, 0043-11-CN, 0052-11-CN, 0016-12-CN, 0344-12-CN, 0579- 12-CN, 0598-12-CN, 0622-12-CN, 0623-12-CN y 0624-12-CN Acumulados.* Sentencia No. 008-13-SCN-CC de 14 de marzo de 2013.

47 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0091-13-SEP-CC.* Sentencia No. 081-13-SEP-CC de 23 de octubre de 2013.

48 Corte Constitucional. *Caso No. 0141-14-CN*. Sentencia No. 007-16-SCN-CC de 28 de septiembre de 2016.

ción es jerárquicamente superior a las leyes, por lo que todo procedimiento debe ser observado bajo el marco constitucional.

3.1. La inobservancia a la supremacía constitucional por parte de la Corte Constitucional

La sentencia No. 007-16-SCN-CC que absuelve la consulta de inconstitucionalidad del artículo treinta de la LAM, señaló en su *ratio decidendi*:

> [L]os procesos de arbitraje deben respetar tanto las disposiciones constitucionales como legales que lo regulan, […] dentro de nuestro ordenamiento jurídico **se ha previsto la Ley de Arbitraje y Mediación como el marco regulatorio de estos procesos** (énfasis añadido)[49].

Es cierto que la LAM viene a ser el marco especializado y aplicable al arbitraje. Pero, en ninguna situación, puede justificarse el demérito a la Constitución como para no analizarlas conjuntamente. Se obvia el artículo 425 de la normativa constitucional que establece la jerarquía del ordenamiento jurídico. La argumentación de la Corte Constitucional se realiza eminentemente sobre la base de esta disposición de la LAM.

Además de utilizar como fundamento el inciso primero del artículo treinta, el segundo inciso también es utilizado por la Corte Constitucional para sustentar su posición al respecto. Este establece que: "Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley"[50]. La última parte del inciso da a entender que es la LAM la que prohíbe el ejercicio del recurso de apelación frente a un laudo. Es decir, que esta imposición primaria es superior a lo que establece la norma constitucional sobre el tema referido.

Sin embargo, en la misma sentencia dictada por la Corte Constitucional se ve una evidente contradicción, puesto que se manifiesta:

> Los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están **limitados y vinculados por las normas constitucionales**, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos y privados, más allá de que su origen pueda considerarse convencional. Es por ello que no puede ser admisible la aplicación de un convenio que verse sobre renuncia de derechos constitucionales o un proceso arbitral que vulnere el debido proceso constitucional, o un laudo arbitral que falle en franca contradicción con la Constitución[51] (énfasis añadido).

La lógica argumentativa de la sentencia No. 007-16-SCN-CC es entonces evidentemente contradictorita. De las citas expuestas, a este órgano supremo de control constitucional aparentemente le repugna la idea de darle a la Constitución una

49 *Ibíd.*
50 LAM. *Eiusdem*. Artículo 30.
51 Corte Constitucional. *Caso No. 0141-14-CN. Óp. cit.*

posición inferior frente a las leyes. No obstante, cita a la LAM fundamentando que es esta norma la que prohíbe la posibilidad de apelar el laudo y que por la naturaleza legal de este instrumento no es inconstitucional la inapelabilidad.

3.2. Ilegitimidad de la restricción de la LAM al derecho a recurrir el laudo

Es verdad que los derechos constitucionales no son absolutos, debido a que se puede limitarlos con el fin de garantizar otros más urgentes. Pero, para que esta limitación sea legítima, existe un estándar internacional desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la Corte Constitucional debió haber aplicado al evaluar la constitucionalidad de la restricción legal de apelar los laudos prescrita en la LAM. Dicho test consta de tres requisitos específicos: (i) formalidad; (ii) fin legítimo; y, (iii) necesario en una sociedad democrática[52].

El primer requisito, la formalidad, se refiere a que únicamente se podrá restringir el derecho por norma de rango de ley, jamás inferior. Además, también manifiesta que la restricción debe ser precisa y en términos claros[53]. La inapelabilidad de los laudos, restringida clara y expresamente en la LAM, cumple con este primer requisito.

El segundo requisito, que busca que la limitación vele por el cumplimiento de un objetivo legítimo, es incumplido[54]. Ello, por dos razones. Por un lado, ni la Corte, ni la LAM, han establecido un posible derecho más urgente que deba ser atendido como para tener fundamento para limitar el derecho a apelar. Y por otro, subsumiendo los objetivos del arbitraje, se podría concluir que lo que se busca evitar con esta restricción es la intromisión del Estado en las resoluciones de los árbitros. Sin embargo, asumiendo que este fuera dicho fin legítimo, justamente no se cumpliría con el tercer requisito.

Finalmente, con respecto al tercer requisito, que manda que la restricción sea necesaria y proporcional, se sostiene que es también incumplido. Ello porque la limitación debe ser indispensable para ser necesaria[55]. Es decir, la restricción debe ser la única alternativa viable para conseguir el fin legítimo que se está persiguiendo. Sin embargo, de lo desarrollado previamente, está más que claro que ni siquiera hay un fin legítimo establecido y que el que se puede interpretar como posible objetivo, tiene más posibilidades de ser protegido sin una intervención estatal. Una de dichas alternativas es crear tribunales de alzada compuestos por árbitros que se desarrolle bajo el mismo contexto privado del arbitraje. Además,

52 Caso Kimel, *Óp. cit.*, párr. 58.
53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-5/85*, Serie A No. 5, párrafos 39-40.
54 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C. No. 135, párrafo 63.
55 Caso Kimel, *Óp. cit.*, párr. 83.

el presente requisito busca la proporcionalidad. Claramente, al vaciar un derecho y restringirlo por completo, se incumple este precepto. No solamente se está limitando, sino que se está impidiendo por completo su ejercicio en todos los casos.

Del análisis realizado bajo el test de restricciones, se puede observar que es incumplido casi en su totalidad. El único requisito que cumple a cabalidad es el de formalidad, debido a que se encuentra en la LAM. Pero, los requisitos de fondo, aquellos únicos que podrían fundamentar la restricción, se ven absolutamente vulnerados. Este análisis, omitido por la Corte Constitucional, debió haber sido la piedra angular en sus consultas vinculantes.

3.3. La inconstitucionalidad del artículo treinta de la LAM

El argumento de la Corte Constitucional se resume a dar primacía a un mandato legal sobre un derecho reconocido en el bloque de constitucionalidad, haciendo caso omiso a un análisis de la legitimidad de dicha restricción. Pese a que no es obligatorio, hubiese sido óptimo que la Corte Constitucional utilice el parámetro aceptado internacionalmente por la Corte IDH, que recoge los tres requisitos para la determinación de la idoneidad y legitimidad de una limitación a un derecho. En cualquier caso, la Corte Constitucional debió haber utilizado cualquier tipo de parámetro que analice a fondo el fundamento de esta restricción legal, y no haberse limitado a apoyar vagamente una restricción por el simple hecho de que cumple la formalidad de existir en una ley[56].

Por lo argumentado previamente, se puede concluir respecto a la restricción legal a recurrir el fallo que el argumento de la Corte Constitucional tiene un fundamento meramente formal y no contiene análisis de fondo alguno. Además, por medio de un test reconocido por una instancia internacional vinculante para Ecuador, se ha demostrado que de ninguna forma dicha restricción es legítima. Por todo esto, se concluye que hay una inconstitucionalidad clara en el artículo treinta de la LAM, al incurrir en una restricción ilegítima de un derecho recogido expresamente en la Constitución.

4. Inapelabilidad del laudo por presunta carencia de potestad jurisdiccional

El segundo argumento planteado por la Corte Constitucional para defender su posición frente a la constitucionalidad de la inapelabilidad de laudos se encuentra relacionado con la naturaleza de la potestad arbitral. Sin embargo, este argumento no resulta ser coherente, debilitando los motivos de su proceder. En la consulta de constitucionalidad No. 007-16-SCN-CC, de 28 de septiembre de 2016, se recogen de manera sistemática los siguientes argumentos contradictorios al respecto:

56 Caso Kimel, *Óp. cit*., párr. 83.

1. En referencia a las diferencias entre los jueces de justicia ordinaria y los árbitros, opina:

> Lo que diferencia a ambos métodos heterocompositivos [la justicia ordinaria y el arbitraje] es la fuente inmediata de dicha designación y de la vinculación de las partes a la decisión. En el caso de los jueces, dicha designación tiene como fuente inmediata la norma constitucional y legal, mientras que, para quienes ejercen el arbitraje, la fuente es convencional, pues consta en un convenio sujeto a la voluntad de las partes; en sí se puede señalar que **el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común** (énfasis añadido)[57].

2. Citando y ratificando lo que sostuvo en Sentencia No 169-12-SEP-CC, establece la primacía de la tesis jurisdiccional por sobre la convencional:

> [L]os convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, **están limitados y vinculados por las normas constitucionales**, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos privados, **más allá de que su origen pueda considerarse convencional** (énfasis añadido)[58].

3. Pretende aislar al arbitraje y sus procedimientos del control constitucional al argumentar que posee un marco regulatorio propio y especializado como es la LAM; pero al mismo tiempo afirma que "los procesos de arbitraje deben respetar **tanto las disposiciones constitucionales** como legales que lo regulan" (énfasis añadido)[59].

Es comprensible la dificultad de armonizar la posición de la propia Corte Constitucional ante la potestad para dirimir controversias de la que goza el arbitraje, y con ella su alcance y obligaciones. De por sí, existe un alto grado de discusión respecto al origen de la potestad envestida a los árbitros para intervenir en un proceso. Sin embargo, para resolver esta dificultad respecto a la potestad arbitral es necesaria, como primer paso, una breve revisión de las principales teorías referentes a la naturaleza jurídica de la potestad arbitral. Además, es necesario evaluar cuál perspectiva ha sido adoptaba por el ordenamiento ecuatoriano. Con base en esto, el debate resulta en la determinación de la naturaleza de la facultad que poseen los árbitros para resolver un conflicto. A partir de la naturaleza de sus actuaciones se podrá descubrir las implicaciones para los árbitros y el régimen que recae sobre ellos. Finalmente, se evaluará la validez y coherencia de los argumentos que ha empleado la Corte Constitucional para impedir la apelabilidad de los laudos.

57 *Ibíd*.
58 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Óp. cit*.
59 Corte Constitucional. *Óp. cit*.

4.1. La naturaleza de la potestad arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Para comprender el origen y naturaleza de la potestad del proceso arbitral para dirimir controversias se han desarrollado dos posiciones claramente demarcadas en la doctrina. Lo que han procurado estas perspectivas es perfilar una serie de características que pueden ser otorgadas o toleradas, según la teoría, por parte del Estado frente a este MASC. En este sentido, por un lado, se tiene a la teoría contractualista, y por otro, a la tesis jurisdiccional. La principal relevancia de comprender cuál es la visión estatal sobre el arbitraje es que permite sistematizar el estudio del poder, del alcance y de los efectos de una decisión arbitral a los ojos del Estado. La consecuencia de esto sería la clarificación de los deberes que tiene el Estado frente a tales decisiones.

En primera instancia se encuentra la teoría convencional o contractual. Esta plantea que el arbitraje es lo que es porque existe un contrato o acuerdo entre las partes[60]. Una controversia es sometida a un proceso arbitral, el cual va a estar sujeto a condiciones prestablecidas por las partes que afectan no solo al procedimiento sino al laudo, sin perjuicio de las disposiciones que encierran los derechos del debido proceso. Según Gonzales de Cossío, "el corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales"[61]. La importancia de la teoría no se encuentra en la forma en que el árbitro maneja el procedimiento arbitral, sino en que esta estuvo regulada anticipadamente mediante pautas nacidas de la sola voluntad de las partes que determinarán la actuación del árbitro. En otras palabras, el antecedente del arbitraje sería el acuerdo de las partes, y la autoridad de los árbitros es tal porque las partes así lo acordaron. En consecuencia, la autoridad del árbitro deviene de la voluntad de las partes, no de una disposición legal, siendo entonces que, desde una perspectiva contractualista, no debería existir control del Estado sobre la institución arbitral.

En contraste con la contractualista, la teoría jurisdiccional advierte que la fuente del sistema arbitral es la ley. El efecto inmediato es que el arbitraje goza de inexorabilidad por ser reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico. Jorge Gil Echeverry manifiesta que el arbitraje es un "proceso jurisdiccional" en que la solución de la controversia se somete a un árbitro o tribunal arbitral, que "quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial"[62]. Por su parte, Roque Caivano propone que, si bien el arbitraje es iniciado convencionalmente, "corresponde atribuirle **una naturaleza eminentemente jurisdiccional**, que el instituto

60 Gonzales de Cossío, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, homenaje a don Raúl Medina Mora*. http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf (acceso 03/05/2018).

61 *Ibid.*

62 Gil, Jorge. *Nuevo régimen de arbitramento*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, pp. 23-30.

se desprende luego de ese origen, adquiriendo el laudo los caracteres propios de una sentencia dictada por un magistrado del Poder Judicial" (énfasis añadido)[63]. En consecuencia, la teoría jurisdiccional tiene como fundamento que el arbitraje conlleva en sí mismo el hecho de que los árbitros ejerzan funciones jurisdiccionales. El resultado es la creación de jurisdicción en sentido lato, es decir, la posibilidad que un tercero pueda dirimir una controversia más allá del poder de imperio. De este modo se crea una excepción a la regla general del Estado como único administrador de justicia, sin implicar que la génesis del arbitraje deje de ser convencional.

La función de las dos perspectivas teóricas expuestas es perfilar las cualidades de la visión que puede adoptar un Estado frente al arbitraje. Para esta determinación, el texto constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) son de especial relevancia. El artículo ciento noventa de la Constitución[64], y los articulados siete y diecisiete del COFJ[65] prescriben, respectivamente, el reconocimiento constitucional al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos y, por otra parte, otorgan a los árbitros una envestidura legal de carácter jurisdiccional. Esto último resulta al prescribir que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[66]. La consecuencia es el otorgamiento al arbitraje de una naturaleza jurisdiccional.

El fenómeno del arbitraje en Ecuador tiene plena lógica. La justicia es delegable porque existen formas en las que el Estado reconoce otras posibilidades de administración de justicia más allá del ejercicio de su potestad jurisdiccional. El legislador crea una excepción al principio de unidad jurisdiccional al reconocer jurisdicción yacente en terceros que no son parte del Poder Judicial. No obstante, este reconocimiento no exime del sometimiento a la ley y al control constitucional, aun cuando el origen de un proceso sea convencional. La razón es que el arbitraje, según el COFJ, constituye exactamente una forma de servicio público.

Es entonces pertinente concluir que, en Ecuador, por prescripción constitucional y legal, el arbitraje tiene naturaleza más jurisdiccional que convencional. La principal secuela de este hecho es la envestidura de los árbitros con funciones jurisdiccionales que estarán sometidas al escrutinio constitucional y legal por llevar a cabo el ejercicio delegado de la potestad jurisdiccional estatal.

4.2. Implicaciones del ejercicio jurisdiccional en el arbitraje

El resultado de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje es que los juzgadores de este método, es decir los árbitros, ejercen funciones jurisdiccionales. Para el orde-

63 Caivano, Roque. *Arbitraje.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, pp. 92-93.
64 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 424.
65 COFJ. *Eiusdem*. Artículo 150.
66 *Ibid.*

namiento jurídico ecuatoriano el ejercicio de la jurisdicción "consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, [...] y que se ejerce según las reglas de la competencia"[67]. Sin embargo, no es posible afirmar que los árbitros lleven a cabo de manera plena este ejercicio, pues sus funciones jurisdiccionales son limitadas. Sí, en efecto, tienen *ius decidendi*, entendiéndose como la potestad de juzgar o dirimir una controversia. Pero no poseen *ius imperium* ya que en el ordenamiento ecuatoriano los laudos que se emiten por la autoridad arbitral deben someterse a un proceso de ejecución para poder surtir sus efectos materiales[68]. No obstante, la potestad de juzgar y que esta decisión sea vinculante, aun cuando requiere un proceso adicional para su eficacia, es la función esencial que ejecutan los árbitros.

El ejercicio de la función arbitral esencial del *ius decidendi* acarrea diversas consecuencias jurídicas. Primero, se reconoce a los árbitros como personas privadas revestidas de potestades públicas temporales. Segundo, el arbitraje se convierte en un equivalente funcional de la jurisdicción ordinaria. Por último, y como consecuencia de los dos hechos anteriores, el ejercicio de estas funciones jurisdiccionales que ejercen los árbitros debe someterse al mismo régimen de derechos, responsabilidades, garantías y ejecución, de los otros entes que las ejercen.

El reconocer el depósito de potestades públicas en personas particulares se contrapone con la teoría convencional de la naturaleza del arbitraje. Esta perspectiva contractualista proclama que la autoridad de los árbitros deviene de la convención de las partes. Ante esto, el ordenamiento ecuatoriano no niega que la génesis del arbitraje es contractual, pues las partes son quienes crean un foro privado en el cual se conoce su conflicto para que sea resuelto por juzgadores elegidos por las propias partes. Sin embargo, la capacidad de los árbitros para juzgar dicha controversia proviene del ejercicio de una función pública: la jurisdiccional. Seguidamente, la decisión de los árbitros goza de impositividad inexorable equivalente a la de los jueces ordinarios única y exclusivamente por constituir la ejecución del poder público delegado por el Estado. Esta realidad resulta ser temporal porque, a diferencia de los jueces, los árbitros no ejercen funciones jurisdiccionales ilimitadamente por representación estatal, sino que su jurisdicción inicia con la conformación del tribunal y se extingue con el cumplimiento de su deber de juzgar.

Independientemente de su limitación temporal, el ejercicio del *ius decidendi* por parte de los árbitros es equiparable al llevado a cabo por los jueces del aparato estatal. Para explicar este fenómeno y sus consecuencias es pertinente citar a Niklas Luhmann, proponente de la teoría de los equivalentes funcionales. El autor razona que "cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función, y por lo tanto, pueden sustituirse entre sí, son funcionalmente equivalentes"[69]. Partiendo de esta premisa:

67 *Eiusdem*. Artículo 7.
68 *Cfr.* Código Orgánico General de Procesos. Artículo 363. Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.
69 Salcedo Flores, Álvaro. *En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje*. Bogotá: Revista Análisis Internacional, 2010, p.148.

> Si la función estructural de la justicia estatal, en el derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo Estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y estos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal. No se trata de otra justicia. Se trata de la misma con otros actores principales (árbitros), pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver[70].

Por lo tanto, esta teoría de los equivalentes funcionales no hace más que reforzar la tesis de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, adoptada por nuestro ordenamiento. En ambos casos, el arbitral y el ordinario, la potestad jurisdiccional es la misma y únicamente difiere sobre quién reside la confianza de las partes para dirimir su conflicto. Es decir, cambia solamente en el sentido de quien ostenta la jurisdicción, mas no la naturaleza de sus actuaciones. Esto no exime, en ninguno de los dos supuestos, que el juicio resultante sea vinculante.

Por último, la implicación resultante de las premisas anteriores, al decir que los árbitros son privados que ejercen potestades públicas temporales en una justicia igual a la ordinaria en donde únicamente difieren los actores principales, es que los árbitros están sujetos al mismo régimen jurídico que los jueces ordinarios. Esta regulación incluye derechos, responsabilidades, y obligaciones, pero sobre todo la observancia de las normas constitucionales. No existe razón alguna para beneficiar o perjudicar de alguna forma a aquellos que ejercen la misma función jurisdiccional, ya sean actores decisivos de controversias de la justicia ordinaria o arbitral. Las obligaciones serán las mismas, y con ellos se someten al mismo escrutinio de sujeción a la Constitución y a la ley, por lo que notoriamente están regidos por el debido proceso y consigo el derecho a la impugnación.

4.3. Consecuencias constitucionales de la potestad jurisdiccional arbitral

La sentencia 007-16-SCN-CC dictada por la Corte Constitucional reúne una serie de argumentos para defender la inapelabilidad de los laudos sobre la base de la supuesta naturaleza meramente convencional del arbitraje. Sin embargo, sus argumentos para sostener esta posición no pueden ser vistos como coherentes, especialmente a la luz del análisis teórico y legal que precede. Por lo tanto, su posición, y con ella las columnas que la sostienen, requiere ser evaluada.

La Corte Constitucional sostiene que los árbitros, y con ellos el arbitraje, no detentan una potestad jurisdiccional, más bien una convencional. Para llegar a esta conclusión sobre la naturaleza de este MASC se limita a analizar únicamente el origen de la designación de los juzgadores (jueces ordinarios y árbitros) y la razón de sujeción de las partes a determinado método, en los siguientes términos:

70 *Ibíd.*

> Lo que diferencia a ambos métodos heterocompositivos [la justicia ordinaria y el arbitraje] **es la fuente inmediata de dicha designación y de la vinculación de las partes a la decisión**. En el caso de los jueces, dicha designación tiene como fuente inmediata la norma constitucional y legal, mientras que para quienes ejercen el arbitraje, la fuente es convencional, pues consta en un convenio sujeto a la voluntad de las partes; en sí se puede señalar que **el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común** (énfasis añadido)[71].

Sin embargo, sobre la base del análisis previamente realizado acerca de la real potestad jurisdiccional de los árbitros en Ecuador, el argumento presenta una grave contradicción. La Corte Constitucional sostiene que la diferencia entre la justicia ordinaria y la justicia arbitral es que la designación de los jueces tiene fuente constitucional y legal, mientras que la de los árbitros es convencional. Así también, sustenta que los terceros que toman la decisión en el arbitraje no tienen la calidad e investidura de los jueces del poder público. Este análisis de la Corte Constitucional tiene varias críticas.

La primera crítica al razonamiento de la Corte Constitucional es que, como se mencionó previamente, el arbitraje es reconocido por la Constitución y la Ley, reafirmando su origen privado. Pero esto no excluye que la capacidad de administrar justicia, en empleo del monopolio estatal de la fuerza, tiene su origen en la delegación de jurisdicción que realiza el ordenamiento jurídico en concesión al arbitraje. Claramente en una ley orgánica, como es el COFJ, que es de carácter público, se inviste a los árbitros de potestades jurisdiccionales. Una segunda crítica es que, como consecuencia de la delegación, el arbitraje está sometido a la regulación del ordenamiento. Y una tercera crítica es que, en aplicación de la teoría de equivalentes funcionales, la justicia arbitral es un símil, de hecho, a la justicia ordinaria.

En concordancia con este análisis, la misma Corte Constitucional ha reconocido la primacía de la tesis de potestad jurisdiccional sobre la convencional al establecer que:

> […] los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión, están limitados y vinculados por las normas constitucionales, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos privados, **más allá de que su origen pueda considerarse convencional** (énfasis añadido)[72].

Esta disposición refuerza lo previamente expuesto. En Ecuador se prioriza la tesis de la potestad jurisdiccional sobre la convencional. Si bien el origen y la procedencia del arbitraje depende de la voluntad privada de las partes, al vincular y

71 *Ibíd.*
72 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Óp. cit.*

regular el proceso a lo establecido públicamente por la Constitución y la Ley, se admite que la configuración del proceso no es ilimitada. No se niega que el acceso al arbitraje sea mediante el acuerdo y que el procedimiento pueda ser reglado por las partes; lo que en realidad se afirma es que su regulación general y existencia nunca podrían dejar de estar sujetas al ordenamiento y al interés público, especialmente recordando que es un servicio público reconocido por ley.

El tercer argumento de la Corte Constitucional no hace más que afirmar el análisis previo, pues establece que serán la Constitución y la ley aquellas que regulen el proceso arbitral. Esto lo hace mediante una delegación inmediata a la LAM de este rol, la cual es reconocida por la propia Corte Constitucional. No obstante, esta delegación no debe entenderse como un marco legal de límites, sino como una forma de asegurar garantías constitucionales. La consecuencia es que la LAM sería en efecto aquel instrumento legal que desarrolla y protege los derechos consagrados de forma jerárquicamente superior. La LAM, en conclusión, es aquel marco garantista de derechos constitucionales por el interés público que implica el ejercicio de la jurisdicción, mas no uno restrictivo de ellos.

Como conclusión, los argumentos y el análisis estructurado por la Corte Constitucional son incoherentes y paradójicos. Es insostenible que las potestades arbitrales surjan de la convención de las partes, pues ellas únicamente aprovechan la delegación estatal de jurisdicción para activar el ejercicio de esta potestad conferida a los árbitros. No es posible aferrarse a esta tesis para separar al arbitraje del régimen jurisdiccional. Las decisiones arbitrales son resoluciones emitidas por órganos funcionales equivalentes a la justicia ordinaria. Por ende, no es lógico privar al ejercicio jurisdiccional de los árbitros de la protección constitucional del derecho a la impugnación, desconociendo a la misma Constitución y a una ley orgánica.

5. La renuncia convencional de las partes a su derecho a recurrir el fallo

El tercer argumento de la Corte Constitucional para sustentar la constitucionalidad de la inapelabilidad de laudos es la supuesta renuncia al derecho al doble conforme que realizan las partes mediante la suscripción del negocio arbitral. A su entender, otorgando competencia a la justicia arbitral procede una renuncia a la jurisdicción de la justicia ordinaria. No obstante, si bien la autonomía de la voluntad es un principio rector transversal en el Derecho privado, y con él del arbitraje, es limitado. Ante esto nace la duda si con la renuncia a la jurisdicción ordinaria para resolver la controversia, se está también renunciando al derecho constitucional a recurrir el fallo, y si es que se podría renunciar a derechos constitucionales de manera convencional.

5.1. El consentimiento de la Corte Constitucional a la renuncia convencional del derecho

Dentro este contexto, la Corte Constitucional ha razonado que:

1. Debido a que las partes consienten convencionalmente la competencia arbitral, se están sometiendo a la decisión que dicha jurisdicción arbitral emita sin opción a acudir nuevamente a la justicia estatal ni a los derechos constitucionales que ella conlleva. En palabras de la Corte Constitucional:

   > [L]os laudos arbitrales son inapelables; por lo que, las partes, al aceptar someterse a un proceso arbitral, implícitamente aceptan la inapelabilidad de los laudos arbitrales y de esta manera aceptan someterse a la decisión en estos adoptada[73].

2. La decisión, por autonomía de las partes, de someterse al arbitraje conlleva el régimen especial normativo para el arbitraje, es decir la LAM, y con él la exclusión del régimen general y supremo de la Constitución:

   > [E]xiste un marco determinado que regula los procesos arbitrales, destacándose como una de sus características "el acuerdo de voluntades", por lo que la normativa ha restringido la posibilidad de interponer recursos adicionales a los establecidos expresamente en la Ley de Mediación y Arbitraje[74].

3. Es legítima la imposibilidad de acudir al derecho al doble conforme por las partes, pues ellas consienten esta limitación al desear la decisión arbitral en vez de aquella de jurisdicción estatal:

   > [E]stá limitado de manera legítima el ejercicio del derecho a la doble instancia, lo que no implica una renuncia al mismo, sino una declaración previa de conformidad con el resultado obtenido, en uso de la libertad de contratación, expresada por medio de la suscripción del convenio arbitral[75].

4. Las partes renuncian a su derecho constitucional del doble conforme cuando aceptan de manera anticipada cualquiera que sea la decisión que el tribunal privado encuentre:

   > [E]n los procesos arbitrales, debido a que, al someterse a un proceso de este tipo, las partes están realizando una manifestación de aceptación previa al resultado que se vaya a adoptar, dentro del proceso arbitral y, por consiguiente, de su inapelabilidad por esta causa[76].

---

73 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0091-13-SEP-CC. Óp. cit*.
74 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 1114-12-EP*. Sentencia No. 173-14-SEP-CC.
75 Corte Constitucional del Ecuador - Período de Transición. *Óp. cit.*
76 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0091-13-EP. Óp. cit.*

5.2. El convenio arbitral como mecanismo de selección de jurisdicción

El convenio arbitral debe entenderse como

> un **contrato procesal** en virtud del cual las partes que lo suscriben —personas físicas o jurídicas— acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual [en que e]l consentimiento de ambas partes constituye el requisito o condición de eficacia (énfasis añadido)[77].

A partir de este consentimiento se configura la prevalencia de uno de los principios fundamentales del arbitraje, el principio de inevitabilidad de este, es decir la competencia obligatoria para las partes. Además, como una de sus proyecciones se encuentra el principio *kompetenz-kompetenz* (competencia-competencia) que determina la potestad del árbitro o del tribunal arbitral para resolver sobre su propia competencia[78]. Esta facultad, que otorgan de manera indirecta las partes a través de su sometimiento a la competencia arbitral, es tan amplia que permite resolver "inclusive sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo [arbitral]"[79]. Con esta competencia en manos de la justicia arbitral, se ha constituido al convenio arbitral como una renuncia a la jurisdicción de la justicia ordinaria, y por consiguiente una exclusión a dicha vía[80]. Dicha renuncia, se la realiza en favor de la actuación de una jurisdicción distinta para el litigio, una particular[81].

Este traspaso contractual de la administración de justicia estatal hacia la privada ha sido empleado por la Corte Constitucional, en conjunto con su razonamiento de restringir los derechos constitucionales fundamentales a través de la norma inferior de la LAM, como una excusa para argumentar la renuncia convencional de la jurisdicción ordinaria, y con ella a la protección constitucional que se le ofrece a la misma.

5.3. La irrenunciabilidad del derecho constitucional a recurrir el laudo por medio del convenio arbitral

La misma lógica que ha expuesto la Corte Constitucional para explicar la posibilidad de que las partes renuncien a su derecho constitucional al doble conforme, pone en tela de duda la validez de esta pretensión. En este punto, vale la pena recordar que la propia Constitución reconoce que el derecho al debido proceso, que comprende a su vez el de la defensa, asegura que en todo proceso en el que

77 Gómez Jene, Miguel. "The Arbitration Agreement: Statu Quo". *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Volumen 9, No. 2 (2017), p. 9.
78 Pereznieto, Leonel. *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*. México D.F.: Limusa, 2013, p. 144.
79 Pérez Pacheco, Yaritza. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales internacionales en México*. México D.F.: ILEJESC, 2014, p. 4.3
80 Font Serra, Eduardo. *Aportaciones del profesor Font Serra a la doctrina jurídica*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004, p. 50.
81 Rogel Vide, Carlos. *Del convenio arbitral y sus efectos*, p. 53. Citado en Díaz-Bastián, Ernesto. *Comentarios breves a la Ley de Arbitraje*. Zaragoza: Reus, 2007, pp. 47-67.

se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se tiene la garantía a recurrir el fallo o resolución de estos procesos. Entonces, a pesar de tener un origen convencional, ¿es o no el arbitraje uno de todos estos procesos en los cuales se determinan derechos y obligaciones?

El derecho a recurrir la decisión procedente de todo proceso de determinación de derechos y obligaciones, que constitucionalmente forma parte del derecho al debido proceso, también debe ser garantizado. Más aun, cuando se pretenda asegurar que las partes renuncian a la protección de la tutela judicial efectiva o a la protección del debido proceso, que según la Corte Constitucional es exclusivo de la jurisdicción estatal, pues se renuncia a todas sus funciones a través del convenio arbitral. De esta manera, ¿es posible renunciar a parte de esta protección, como es el derecho del debido proceso a recurrir, mediante contrato?

La Constitución prescribe que " [e]l ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, **irrenunciables**, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" (énfasis añadido)[82]. Por lo tanto, el derecho al doble conforme, como parte constitutiva del derecho constitucional al debido proceso, es irrenunciable. Esto resulta en la invalidez de cualquier pretensión convencional de impedir el deber protector del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y con él todos sus órganos, de las garantías constitucionales para todo proceso de determinación de derechos y obligaciones.

6. Conclusión

El Estado ostenta la capacidad de juzgar y hacer cumplir lo resultante de este proceso. La piedra angular de dichas potestades es el derecho fundamental del debido proceso que se compone de derechos tales como el de la defensa. Dentro de este, se enmarca la garantía de poder recurrir las decisiones en donde se determinen derechos y obligaciones. Sin embargo, a lo largo del tiempo, las personas han decidido mantener un sistema paralelo a la jurisdicción estatal para la administración de justicia. De esto modo, se han mantenido e ido desarrollado cada vez más los métodos alternativos de resolución de conflictos. El método alternativo abordado en este trabajo es el arbitraje. Este es regulado específicamente por la LAM. Sin embargo, esta norma ha coartado el derecho a recurrir los laudos arbitrales.

La Corte Constitucional, máximo órgano de control constitucional en Ecuador, absolviendo diversas consultas constitucionales, ha concluido que la limitación de apelar en el arbitraje es plenamente constitucional. Para dicha afirmación, se basó en tres argumentos principales: la legitimidad de la restricción del derecho por estar contenida en la LAM; la falta de jurisdicción de los árbitros; y, la posibilidad de renuncia de un derecho constitucional por la voluntad de las partes ma-

82 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 11 numeral 6.

nifestada en el convenio arbitral. El primer argumento de la Corte Constitucional otorga primacía a la disposición legal por sobre un derecho constitucional, olvidando la supremacía constitucional y cualquier otro análisis de legitimidad para dicha restricción. El segundo argumento se encarga de sostener que los árbitros no ostentan potestades jurisdiccionales. No obstante, olvida que tanto Constitucional como la legislación han investido a los árbitros de potestades de carácter jurisdiccional delegado; esto además de que se ha calificado al arbitraje como un servicio público. Finalmente, el tercer argumento defiende que las partes, a través del convenio arbitral, renuncian convencionalmente a su derecho a recurrir. Sin embargo, la Corte Constitucional hace caso omiso a las características propias de los derechos constitucionales, como su irrenunciabilidad.

Del presente análisis se puede concluir que la Corte Constitucional ha manifestado en respuesta a las consultas de constitucionalidad una tendencia legalista, en vez de una garantista de derechos constitucionales. Por ello, las sentencias y argumentos de la Corte Constitucional aquí analizados carecen de fundamento que pueda mantener la constitucionalidad de la restricción del derecho a apelar los laudos. Finalmente, se puede manifestar que incluir un recurso de apelación en el arbitraje no significaría, bajo ningún concepto, alejarse de la naturaleza contractual y privada de este MASC. Más bien, esto dotaría al sistema arbitral de un carácter asegurador de derechos, y ello se convertiría en una razón más para que el particular se sujete a este método alternativo para dirimir sus controversias.

7. Recomendaciones

En primera instancia, el derecho a recurrir es un derecho constitucional de gran importancia al ser una de las garantías del derecho del debido proceso. En este sentido, es recomendable que mediante una reforma legislativa de la LAM se prevea o establezca la posibilidad de apelar el laudo arbitral y así dar la oportunidad a la parte que no esté de acuerdo con la decisión de fondo de los árbitros para recurrir en una instancia superior.

En segundo lugar, cabe mencionar que, al plantear la recomendación de una reforma legislativa de la LAM respecto del artículo treinta del referido cuerpo legal, no se propone que el Estado sea quien, mediante una corte de segunda instancia, conozca y decida sobre la apelación del laudo. Lo ideal sería que se constituya en el propio sistema de arbitraje. Podría involucrar a la misma institución administradora del proceso que se ha ventilado, o a un órgano colegiado de alzada para resolver la apelación. En el caso de un arbitraje *ad hoc*, se sugeriría que se sigan las mismas reglas de conformación del tribunal arbitral, con la particularidad de que este último sea considerado o entendido como un tribunal u órgano de segunda instancia.